

ЩЕРБИНА В. С.,

доктор юридичних наук, професор,
заслужений юрист України,
академік Національної академії
правових наук України,
професор кафедри господарського права
та господарського процесу
(Київський національний університет
імені Тараса Шевченка)

БОДНАР Т. В.,

доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент Національної
академії правових наук України,
професор кафедри цивільного права
(Київський національний університет
імені Тараса Шевченка)

УДК 346.34+347.44

DOI <https://doi.org/10.32842/2078-3736/2021.1.13>

ДЕРЖАВНИЙ КОНТРАКТ (ДОГОВІР) У СФЕРІ ОБОРОННИХ ЗАКУПІВЕЛЬ

У статті досліджується правова природа та особливості державного контракту (договору) у сфері оборонних закупівель, укладення якого передбачено Законом України «Про оборонні закупівлі», що є спеціальним законом щодо Закону України «Про публічні закупівлі». Зазначається, що державний контракт (договір) так само, як і договір про закупівлю в разі публічних закупівель, не є самостійним видом господарського договору, оскільки за своєю правовою природою це може бути або договір купівлі-продажу (поставки), або один із видів підрядних договорів, або договір про надання послуг. На думку авторів, його можна зарахувати до категорії «суспільних» договорів, покликаних задовольняти суспільні (державні) потреби, а не потреби конкретних суб'єктів. В обґрунтування цієї позиції в статті наводяться чинники, що свідчать про суспільний (публічний) характер державного контракту (договору).

Однією з особливостей укладання і застосування державних контрактів (договорів) у сфері оборонних закупівель є використання компенсаційних (офсетних) договорів, які мають низку ознак, що вирізняють їх із-поміж інших договорів (особливий порядок укладення; відшкодування витрат замовника, пов'язаних із закупівлею за імпортом товарів, робіт і послуг оборонного призначення (компенсація); визначені Кабінетом Міністрів види компенсацій, що можуть надаватися за компенсаційними (офсетними) договорами; сторонами компенсаційного договору є іноземний виконавець та офсетний бенефіціар).

З урахуванням світової практики застосування офсетних договорів пропонується використовувати компенсаційні договори не лише в процесі здійснення закупівель товарів, робіт та послуг оборонного призначення у іноземних виконавців, але і в процесі здійснення публічних закупівель, для чого варто внести відповідні зміни до окремих законів.

Ключові слова: оборонні закупівлі, державний контракт (договір), компенсаційний (офсетний) договір, договір про закупівлю.



Shcherbyna V. S., Bodnar T. V. State contract (agreement) in the field of defense procurement

The article examines the legal nature and features of the state contract (agreement) in the field of defense procurement, the conclusion of which is provided for by the Law of Ukraine "On Defense Procurement". It is noted that the state contract (agreement), as well as the procurement contract in the case of public procurement, is not an independent type of business contract, since by its legal nature it can be either a purchase and sale (supply) contract, or one of the types of contract contracts, or an agreement on the provision of services. According to the authors, it can be classified under the category of "social" contracts designed to satisfy public (state) needs, and not the needs of specific subjects. The factors that indicate the public (public) nature of the state contract (agreement) are given.

One of the features of the conclusion and application of government contracts (agreements) in the field of defense procurement is the use of offset (offset) contracts, which have a number of features that distinguish them from other contracts ((special procedure for concluding; reimbursement of customer costs related to the purchase of imported goods, works and services for defense purposes (compensation); defined by the Cabinet of Ministers types of compensation that may be provided under compensation (offset) contracts; the parties to the compensation contract are a foreign contractor and offset beneficiary).

Taking into account the world practice of applying offset contracts, it is proposed to use compensation contracts not only when purchasing goods, works and services for defense purposes from foreign contractors, but also when making public procurements, for which appropriate amendments should be made to individual laws.

Key words: *defense procurement, government contract (agreement), compensatory (offset) contract; purchase agreement.*

Вступ. Прийнятий Верховною Радою України Закон України (далі – ЗУ) від 17 липня 2020 р. № «Про оборонні закупівлі» [1] (набрав чинності з 1 січня 2021 року) визначає загальні правові засади планування, порядок формування обсягів та особливостей здійснення закупівель товарів, робіт і послуг оборонного призначення для забезпечення потреб сектора безпеки і оборони, а також інших товарів, робіт і послуг для гарантованого забезпечення потреб безпеки і оборони, а також порядок здійснення державного і демократичного цивільного контролю у сфері оборонних закупівель.

З дня набрання чинності цим Законом втратив чинність ЗУ від 3 березня 1999 р. «Про державне оборонне замовлення» [2], крім положень щодо виконання державного оборонного замовлення на 2020–2021 рр.

Актуальність дослідження зумовлена, з одного боку, потребами Української держави у зміцненні своєї обороноздатності, викликаними анексією Автономної Республіки Крим із боку Російської Федерації та окупацією за її участю окремих районів Донецької та Луганської областей, а з іншого – оновленням національного законодавства про публічні закупівлі та про державні оборонні закупівлі, що потребує наукового осмислення змісту окремих положень чинного законодавства з метою його подальшого розвитку та удосконалення.

Постановка завдання. Метою статті є дослідження особливостей державного контракту (договору) у сфері оборонних закупівель, а також пов'язаного з ним у низці випадків компенсаційного (офсетного) договору.

Результати дослідження. Як і в процесі прийняття ЗУ «Про публічні закупівлі» [3], коли законодавець відмовився від поняття «державне замовлення» шляхом визнання таким, що втратив чинність, ЗУ «Про державне замовлення», у ЗУ «Про оборонні закупівлі» також має місце відмова від поняття «державне оборонне замовлення».

Очевидно, що в обох випадках така відмова пов'язана зі створенням конкурентного середовища, запобіганням корупції у сферах публічних та оборонних закупівель, розвит-



ком добросовісної конкуренції, а також ефективним та прозорим плануванням, реалізацією і контролем за здійсненням публічних та оборонних закупівель. Разом із тим відмова від понять державного замовлення та державного оборонного замовлення потребує внесення відповідних змін до ст. 12 та ст. 13 Господарського кодексу України.

Варто зазначити, що ЗУ «Про оборонні закупівлі» є спеціальним законом щодо ЗУ «Про публічні закупівлі», на що прямо вказує положення ч. 2 ст. 2 ЗУ «Про оборонні закупівлі»: «Закупівля товарів, робіт і послуг здійснюється державними замовниками відповідно до Закону України «Про публічні закупівлі» з урахуванням особливостей, встановлених цим Законом», а також посилання на загальний закон у низці статей спеціального закону.

Попри існування низки тотожних з ЗУ «Про публічні закупівлі» термінів, ЗУ «Про оборонні закупівлі» містить і своєрідні юридичні терміни та конструкції, серед яких, зокрема, термін «державний контракт (договір)», що прийшов на заміну вживаному в ЗУ «Про державне оборонне замовлення» терміну «державний контракт з оборонного замовлення», хоч за логікою ЗУ «Про публічні закупівлі» у ЗУ «Про оборонні закупівлі» цей договір мав би називатися «договір про оборонну закупівлю», оскільки запропонована в законі назва не лише не розкриває ні суті, ні змісту, ні сфери застосування зазначеного контракту, але і містить при цьому слова-синоніми – «контракт» і «договір». Очевидно, що з огляду на практику вживання такої подвійної назви в національному законодавстві термін «державний контракт (договір)» у дещо зміненій назві – «договір (контракт) про оборонну закупівлю» – доцільно вживати, якщо йдеться про зовнішньоекономічний договір (контракт).

Очевидно, що державний контракт (договір) так само, як і договір про закупівлю в разі публічних закупівель, не є самостійним видом господарського договору, оскільки це може бути або договір купівлі-продажу (поставки), або один із видів підрядних договорів, або договір про надання послуг (переліки товарів, робіт або послуг, що можуть бути предметом оборонної закупівлі, визначені відповідно в пунктах 34, 27 та 21 ЗУ «Про публічні закупівлі»).

Тому державний контракт (договір) і договір про закупівлю, на наш погляд, можна зараховувати до категорії «суспільних» договорів (їх можна було б іменувати публічними, проте ця назва в іншому розумінні вживається в ст. 633 Цивільного кодексу України), покликаних задовольняти суспільні (державні) потреби, а не потреби конкретних суб'єктів («приватні» договори), незалежно від того, чи останні укладаються для цілей підприємницької (господарської) діяльності, чи є договорами споживання в розумінні ст. 45 ЗУ «Про міжнародне приватне право» [4]. Виокремлення зазначених договорів в окрему категорію (групу однорідних договорів) зумовлено наявністю в них спільних ознак і водночас відмінністю від інших договорів.

Суспільний (публічний) характер державного контракту (договору), який є чи не найголовнішою його ознакою й особливістю, підтверджується, зокрема:

- спеціальним регулюванням відносин щодо укладення, зміни та виконання державного контракту (договору), яке здійснюється, головним чином, нормами ЗУ «Про оборонні закупівлі»;
- укладенням державного контракту (договору) відповідно до затверджених планів закупівель товарів, робіт і послуг оборонного призначення (ч.ч. 5, 6 ст. 9 ЗУ «Про оборонні закупівлі»);
- здійсненням державним замовником закупівель товарів, робіт і послуг, призначених для виконання державних програм у сферах національної безпеки і оборони, а також інших товарів, робіт і послуг для гарантованого забезпечення потреб безпеки і оборони (п. 21 ст. 1 ЗУ «Про оборонні закупівлі»);
- визначенням у законі обов'язків виконавця державного контракту (договору) з оборонних закупівель (ч. 1 ст. 8 ЗУ «Про оборонні закупівлі»);
- забезпеченням контролю виконання державного контракту (договору) представництвами державних замовників (ч. 2 ст. 39 ЗУ «Про оборонні закупівлі»);
- заходами щодо державного гарантування якості (ч. 3 ст. 39 ЗУ «Про оборонні закупівлі»).



ЗУ «Про оборонні закупівлі», крім державного контракту (договору), передбачає можливість застосування договору про закупівлю, про який, йдеться, зокрема в п. 10 ст. 25; ст. 28; ст. 29 зазначеного закону. Цей договір, що передбачений ЗУ «Про публічні закупівлі», укладається за результатами застосування спрощених торгів або як окремий договір про закупівлю послуги з організації харчування чи договір про закупівлю продуктів харчування або як окремий договір про закупівлю послуги з організації харчування та постачання продуктів харчування.

Оскільки договір про закупівлю досліджувався раніше [5], в цій статті ми лише констатуємо, що законодавець, по суті, повторив у ст. 29 ЗУ «Про оборонні закупівлі» положення ст. 43 ЗУ «Про публічні закупівлі» щодо недійсності договору про закупівлю, проте з невідомих причин не зазначив у ст. 28 ЗУ «Про оборонні закупівлі», що цей договір укладається в порядку, встановленому ст. 41 ЗУ «Про публічні закупівлі».

Однією з особливостей укладання і застосування державних контрактів (договорів) у сфері оборонних закупівель є використання компенсаційних (офсетних) договорів.

Відповідно до загальноприйнятого в довідковій літературі визначення компенсаційна (офсетна) угода розглядається як різновид зустрічної торгівлі або бартерних операцій, за якого частина товару оплачується грошима. При цьому термін «офсетна» (від англ. *offset* – відгалуження, відхід, здвиг) перекладається як «компенсувати, відшкодувати». Тому терміни «компенсаційний» і «офсетний», якщо йдеться про угоду (договір), варто розуміти як тотожні.

Певні засади застосування компенсаційного (офсетного) договору (у його первісному розумінні) в Україні встановлені ч. 5 ст. 715 ЦК України, згідно з якою договором може бути встановлений обмін майна на роботи (послуги). Втім варто зазначити, що ще до прийняття ЦК України ч. 1 ст. 1 Закону України від 23 грудня 1998 р. «Про регулювання товарообмінних (бартерних) операцій у галузі зовнішньоекономічної діяльності» [6] встановила можливість застосування договору із змішаною формою оплати. За таким договором часткова оплата експортних (імпортних) поставок між суб'єктом зовнішньоекономічної діяльності України та іноземним суб'єктом господарської діяльності допускалася в натуральній формі, що передбачала збалансований за вартістю обмін товарами, роботами, послугами в будь-якому поєднанні, не опосередкований рухом коштів у готівковій або безготівковій формі.

З часом економічна мета офсетних угод змінилася і нині вона переважно полягає в компенсації витрат на придбання дорогої техніки. Так, у світовій практиці офсетні угоди застосовуються переважно в закупівлі продукції військового призначення, а в цивільному обігу – також у закупівлі дороговартісної техніки та купівлі-продажу цінних та інших фінансових паперів.

В Україні компенсаційні договори знайшли своє застосування в закупівлі продукції оборонного призначення. Так, згідно з ч. 3 ст. 8 Закону України від 3 березня 1999 р. «Про державне оборонне замовлення» у разі здійснення закупівлі продукції оборонного призначення в іноземній юридичній особі-виробника або постачальника такої продукції, робіт і послуг на суму, що перевищує п'ять мільйонів євро, обов'язковою умовою такої закупівлі було одержання Україною в особі офсетного бенефіціара відповідних компенсацій.

Таким чином, компенсаційний (офсетний) договір тісно пов'язаний із зовнішньоекономічним договором (контрактом) з оборонних закупівель. Основне призначення так званих офсетів у разі відкриття внутрішнього ринку оборонної продукції для міжнародних тенденцій – протекція національних інтересів (розвиток оборонної промисловості та економіки, залучення нових технологій, розвиток наукового потенціалу тощо) [7, с. 10].

Згідно з п. 16 ст. 1 ЗУ «Про оборонні закупівлі» компенсаційний (офсетний) договір (далі – офсетний договір) – це укладений між офсетним бенефіціаром та іноземним виконавцем зовнішньоекономічний договір (контракт), що визначає предмет та вартість офсетного зобов'язання, яке іноземний виконавець має виконати на території України. Офсетним бенефіціаром є державний замовник, інший суб'єкт незалежно від форми власності, який отрим-



мує компенсацію за компенсаційним (офсетним) договором та відбір якого здійснюється офсетною комісією за поданням державного замовника.

Порядок укладення компенсаційних (офсетних) договорів та види компенсацій визначає Кабінет Міністрів України (під час дії ЗУ «Про державне оборонне замовлення» Постановою Кабінету Міністрів України від 20 квітня 2011р. № 432 було затверджено Порядок укладення компенсаційних (офсетних) договорів (в ред. Постанови Кабінету Міністрів України від 26 вересня 2018 р. № 773) та Види компенсацій, що можуть надаватися за компенсаційними (офсетними) договорами) [8].

Головними ознаками компенсаційного (офсетного) договору, що вирізняють його з-поміж інших договорів, є:

а) особливий порядок укладення, зокрема, здійснення координації діяльності державних замовників щодо укладення, виконання та здійснення контролю за виконанням офсетних договорів офсетною комісією, склад якої та положення про неї затверджуються Кабінетом Міністрів України. Так, офсетна комісія не лише схвалює проєкт офсетного договору (без такого схвалення договір не може бути укладено), але і проводить моніторинг його виконання. Для цього офсетний бенефіціар раз на шість місяців готує звіт про виконання умов офсетного договору та подає його офсетній комісії;

б) відшкодування витрат замовника, пов'язаних із закупівлею за імпортом товарів, робіт і послуг оборонного призначення (компенсація), яке надається відповідно до компенсаційного (офсетного) договору державі Україна;

в) визначені Кабінетом Міністрів види компенсацій, що можуть надаватися за компенсаційними (офсетними) договорами. Зокрема, це виконання робіт, пов'язаних з обслуговуванням та ремонтом військової і спеціальної техніки та військового майна; надання послуг, зокрема з підвищення кваліфікації фахівців у сфері оборони та безпеки; надання інвестицій; закупівля в суб'єктів господарювання України товарів або послуг на суму, що відповідає частковій або повній вартості товарів, що експортуються (зустрічна торгівля); надання технічної допомоги щодо реформування сектора оборони та безпеки тощо. Згідно з ч. ст. 12 ЗУ «Про оборонні закупівлі», одним із видів компенсацій за офсетними договорами може бути визначена локалізація виробництва, під якою розуміється питома вага вартості сировини, матеріалів, вузлів, агрегатів, деталей і комплектуючих виробів вітчизняного походження, а також виконання робіт та надання послуг вітчизняними виробниками на митній території України у вартості товарів, робіт та послуг, що є предметом закупівлі (п. 18 ст. 1 «Про оборонні закупівлі»);

г) сторонами компенсаційного договору є іноземний виконавець (суб'єкт господарювання чи інша юридична особа) та офсетний бенефіціар – замовник чи інший суб'єкт відносин будь-якої форми власності, який отримує компенсації за компенсаційним (офсетним) договором і відбір якого здійснюється офсетною комісією за поданням замовника.

Компенсаційний (офсетний) договір є зовнішньоекономічним договором (контрактом), тому закупівля товарів, робіт і послуг оборонного призначення за цим договором здійснюється не лише відповідно до законів України «Про публічні закупівлі» та «Про оборонні закупівлі», але і з урахуванням вимог законів України «Про зовнішньоекономічну діяльність» та «Про державний контроль за міжнародними передачами товарів військового призначення та подвійного використання», «Про санкції», інших законодавчих актів, що регулюють зазначені питання.

За загальним правилом (ч. 2 ст. 12 ЗУ «Про оборонні закупівлі») в разі здійснення закупівлі товарів, робіт і послуг оборонного призначення за імпортом в іноземної юридичної особи на суму, що перевищує 5 мільйонів євро, обов'язковою умовою такої закупівлі є одержання Україною в особі офсетного бенефіціара відповідної компенсації. Проте ч. 6 зазначеної статті встановлює винятки, в яких компенсаційні (офсетні) договори можуть не укладатися. Це стосується умов особливого періоду, введення надзвичайного стану, проведення антитерористичної операції, здійснення заходів із забезпечення національної безпеки і оборони, відсічі і стримування збройної агресії Російської Федерації в Донецькій та Луганській областях.



Рішення про неукладення компенсаційного (офсетного) договору приймається Кабінетом Міністрів України за поданням державного замовника.

Так, Кабінет Міністрів України розпорядженням від 17 червня 2020 р. дозволив не укладати компенсаційний (офсетний) договір з урядом США, який стосувався оборонних закупівель 2019 року.

Як повідомляється в пояснювальній записці до проєкту розпорядження, суть проблеми полягала в тому, що Міністерством оборони України було схвалено надісланий урядом США Лист пропозиції та прийняття (Letter of Offer and Acceptance) UP-B-UCJ від 7 листопада 2019 р. щодо закупівлі за імпортом продукції оборонного призначення на суму, що перевищує 5 млн євро. Схвалення цієї пропозиції означало взяття на себе Міністерством оборони України та урядом США зобов'язань, передбачених Листом пропозиції та прийняття (договір оферти).

Водночас законодавство США забороняє держустановам укладати компенсаційні (офсетні) договори. Отже, у зв'язку з викладеним та через те, що із 2014 року Збройні сили України на безоплатній основі отримали від уряду США матеріально-технічну допомогу на суму понад 11,5 млрд грн, Кабінет Міністрів надав дозвіл не укладати компенсаційний (офсетний договір) з урядом США [9].

З набранням чинності ЗУ «Про публічні закупівлі» в редакції ЗУ від 19 вересня 2019 р. та прийняттям ЗУ «Про оборонні закупівлі» сформувався, на нашу думку, належна законодавча база для широкого застосування компенсаційних (офсетних) договорів у сфері оборонних закупівель.

Разом із тим світова практика свідчить про далеко не вичерпні можливості застосування зазначених договорів і в інших сферах та галузях економіки стосовно інших (необоронного призначення) товарів, робіт та послуг.

Виходячи з цього, вважаємо за доцільне з метою створення правового підґрунтя для застосування компенсаційних договорів учасниками публічних закупівель в Україні внести відповідні зміни до Цивільного кодексу України шляхом доповнення ст. 628 ЦК України частиною 3 такого змісту: «3. Сторони договору про закупівлю мають право укласти компенсаційний (офсетний) договір, що визначає предмет та вартість компенсаційного (офсетного) зобов'язання, яке повинен виконати виконавець»). Аналогічні положення доцільно передбачити також в Господарському кодексі України та в ЗУ «Про публічні закупівлі».

Внесення запропонованих змін до зазначених законів потребуватиме прийняття Кабінетом Міністрів України відповідної постанови, що регулювала б порядок укладення компенсаційних (офсетних) договорів у сфері публічних закупівель.

Висновки. Аналіз законодавства про державні оборонні закупівлі дає змогу сформулювати деякі висновки стосовно державного контракту (договору) у сфері оборонних закупівель.

По-перше, державний контракт (договір) так само, як і договір про закупівлю, передбачений ЗУ «Про публічні закупівлі», можна зарахувати до *категорії «суспільних» договорів*, покликаних задовольняти суспільні (державні) потреби, а не потреби конкретних суб'єктів.

По-друге, державний контракт (договір) має низку закріплених у законі ознак, що свідчать про його суспільний (публічний) характер.

По-третє, особливістю зовнішньоекономічних договорів (контрактів) з іноземними суб'єктами господарювання (іншими іноземними юридичними особами) є те, що умови укладення державних контрактів (договорів) можуть передбачати одержання Україною в особі офсетного бенефіціара відповідної компенсації. У випадках, встановлених законом, умова щодо одержання компенсації є обов'язковою.

По-четверте, з урахуванням світової практики застосування офсетних договорів видається за доцільне використовувати компенсаційні договори не лише під час здійснення закупівель товарів, робіт та послуг оборонного призначення в іноземних виконавців, але і під час здійснення публічних закупівель, для чого варто внести відповідні зміни до окремих законів.



Список використаних джерел:

1. Про оборонні закупівлі : Закон України від 17 липня 2020 р. № 808-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/808-20#Text> (дата звернення: 08.12.2020)
2. Про державне оборонне замовлення : Закон України від 3 березня 1999 р. № 464-XIV. URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/ed_2006_12_01/an/55/T990464.html (дата звернення: 08.12.2020)
3. Про публічні закупівлі : Закон України від 25 грудня 2015 р. № 922-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/922-19#Text> (дата звернення: 08.12.2020)
4. Про міжнародне приватне право : Закон України від 23 червня 2005 р. № 2709-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2709-15#Text> (дата звернення: 08.12.2020)
5. Боднар Т. Особливості договору про закупівлю. *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки*. 2017. Вип. 1 (104). С. 5–7.
6. Про регулювання товарообмінних (бартерних) операцій у галузі зовнішньоекономічної діяльності : Закон України від 23 грудня 1998 р. № 351-XIV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/351-14#Text> (дата звернення: 08.12.2020)
7. Офсетна політика держав в умовах глобалізації. Оцінки та прогнози. Монографія / В.М. Бегма, С.П. Мокляк, О.О. Свергунов, Ю.В. Толочний; за заг. ред. В.М. Бегми. Київ : НІСД, 2011. 352 с.
8. Про затвердження Порядку укладення компенсаційних (офсетних) договорів та видів компенсацій, що можуть надаватися за компенсаційними (офсетними) договорами : Постанова Кабінету Міністрів України від 20 квітня 2011р. № 432. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/432-2011-п#Text> (дата звернення: 08.12.2020)
9. МОУ дозволили не укласти оборонний договір зі США на суму більше € 5 млн. URL: <https://www.ukrinform.ua/rubric-economy/3047065-mou-dozvolili-ne-ukladati-oboronnij-dogovir-zi-ssa-na-sumu-bilse-5-miljoniv.html>.

